

A PROPÓSITO DEL CONCEPTO DE “ESTADO DE DERECHO”: UN ESTUDIO Y UNA PROPUESTA PARA VOLVER A SU MATRIZ GENÉTICA.

LUIS FLEITAS DE LEÓN.¹

I. INTENCIÓN.

Como punto de partida, tomemos la denominada “*actitud fenomenológica*” que proponía Edmund HUSSERL², quién con suma lucidez señalaba: “*todo lo perteneciente al mundo, toda realidad espacio temporal existe para mí, es decir, vale para mí y vale para mí porque la experimento, la percibo, me acuerdo de ella, pienso de alguna manera en ella, la enjuicio la valoro, la apetezco*”³.

Si partimos de esta actitud, no es difícil experimentar, percibir, valorar y concebir que el Estado es un fenómeno cuya presencia en la realidad es multidimensional.

¿Que significa esto?

La realidad es una, un todo, si bien complejo, heterogéneo, dinámico y cambiante en un sentido heracliteano, es una unidad al fin. Ahora, su carácter complejo y heterogéneo permite descomponer válidamente a la realidad en distintas dimensiones, en aras de su estudio y análisis.

En este marco, el Estado es un fenómeno que existe dentro de esa realidad única, pero su carácter heterogéneo y complejo ha permitido que las ciencias sociales lo hayan descompuesto en distintas dimensiones, como objeto de estudio propio, todas válidas y atendibles.

Así, la sociología estudiará a la relación del Estado con la sociedad civil, la ciencia política su organización política, la ontología su razón de ser, la ciencia jurídica la dimensión jurídica del fenómeno, entre otras, sin que una implique la negación de la otra.

Indudablemente, el concepto de “Estado de Derecho” -en tanto refiere, en un sentido primario, a la dimensión del Estado como productor por excelencia de normas jurídicas que limitan su actividad- se asocia a la dimensión jurídica del fenómeno en la realidad, aspecto que lo acuñó desde su origen dentro de la ciencia jurídica, entendida ésta “*como un complejo instrumento conceptual representativo de fenómenos jurídicos*”⁴, cuyo objeto es “*la comprensión y análisis interno de los sistemas jurídicos positivos, con consideración del punto de vista estrictamente normativo*”⁵.

En definitiva, la intención de este planteo es ubicar y perfilar la matriz genética del Estado de Derecho, como un concepto de neta raíz jurídica propio de la ciencia homónima, despojado de elementos de tipo político, sociológico o de otra índole y sin sentir pudor alguno por hacerlo, pues ello no significa la negación de las otras dimensiones del fenómeno Estado, ni, como se intentará demostrar, menoscabar dicho concepto.

II. MATRIZ GENÉTICA DEL CONCEPTO “ESTADO DE DERECHO”.

1. Movimiento ideológico – revolucionario del siglo XVIII.

Si bien es cierto que la construcción de la expresión “Estado de Derecho” -en alemán “*Rechtsstaat*”- y los primeros intentos deliberados de definirlo son imputables a una serie de autores alemanes del siglo XIX,

1 Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional, de la Universidad de la República.

2 Filósofo alemán (1859 – 1938). HUSSERL, planteaba la “*actitud fenomenológica*” como punto de partida para determinar con precisión un método científico para la filosofía, que luego completaba con lo que denominó como “*la reducción fenomenológica*”, aspecto al cual no es necesario ingresar a los efectos de este estudio.

3 HUSSERL, Edmund, “*Méditations cartésiennes - Meditaciones cartesianas*”. Edición de “El Colegio de México” – 1942, págs. 17 y siguientes. La edición original corresponde a 1931.

4 DÍAZ, Elías; “*Sociología y Filosofía del Derecho*”, 2ª edición, Madrid -1980, pág. 74.

5 DÍAZ, Elías; ob. cit., pág. 64.

existe un consenso general a nivel de la ciencia iuspublicista, de que ello no debe inducir al error de creer que allí se originó el concepto de “Estado de Derecho”.

El origen de los principios y conceptos que luego se iban a concentrar en la fórmula literal alemana Estado de Derecho, lo encontramos en las doctrinas anglo - francesas de la separación de poderes y de la tutela de los derechos individuales, consagrados luego en las Constituciones revolucionarias de EE.UU. y de Francia de fines del siglo XVIII⁶.

Las razones de estas afirmación son dos: una de tipo ideológico – jurídica y otra de tipo normativo – jurídica.

La razón ideológico – jurídica la encontramos en los desarrollos de varios autores del siglo XVIII, en particular LOCKE, ROUSSEAU y MONTESQUIEU.

Estos autores, se enmarcaron dentro de la corriente ideológica de la primera mitad del siglo XVIII, denominada originalmente como “*individualismo optimista*”, de exaltación del hombre, de sus derechos y de la plena y absoluta confianza en su razón, que derivó en la construcción de un modelo político de Estado, cuya finalidad suprema era la protección y tutela del individuo⁷.

Si bien la corriente a la que pertenecieron estos autores, así como sus construcciones, eran de tipo filosófico político, pueden identificarse dentro de sus desarrollos elementos típicamente jurídicos respecto al origen, fundamento, la organización y la finalidad asignada al Estado, que luego desembocarán en el concepto de Estado de Derecho.

Así, podemos señalar que para los citados autores: a) el Estado no es simplemente una forma política natural y espontánea, sino que el Estado es algo deseado y realizado conscientemente por un conjunto de individuos, por lo que su nacimiento parte de un determinado procedimiento o acto jurídico, en el cual intervienen los propios individuos que luego serán parte de ese Estado⁸; b) la soberanía radica en el pueblo y esa es la fuente de poder del gobierno que conduce el destino de un determinado Estado⁹; c) el Estado debe organizarse a partir de la separación de tres poderes o funciones fundamentales: legislativa, jurisdiccional, administrativa¹⁰; d) el poder de los gobernantes está sometido a límites, pesos y contrapesos: entre ellos, el necesario sometimiento a la Ley¹¹; e) y todo ello con una finalidad explícita: tutelar los derechos inherentes a la personalidad humana, los derechos del individuo¹².

Estos aspectos jurídicos, insertos dentro de la corriente filosófica política del Siglo XVIII, influenciaron fuertemente el contenido de las Constituciones y Declaraciones de Derechos de EE.UU. y Francia del siglo XVIII. En ellas, la organización del Estado se concebía según un plan de separación de poderes, tendiente a preservar los derechos del hombre, considerados como anteriores y superiores a la voluntad del Estado y un límite natural a su poder.

Estos documentos reconocieron y declararon los derechos referidos por parte del Estado, lo que implica que el Estado no crea estos derechos y, por tanto, que no puede suprimirlos ni retacearlos de forma abusiva, sólo puede regularlos por Ley, en aras del interés general.

La concreción de estos aspectos -pertenecientes inicialmente al plano de las ideas- dentro de determinadas normas jurídicas constitucionales, es lo que proporciona la razón normativa – jurídica a la afirmación realizada al iniciar este Capítulo. Profundicemos un poco en ello.

En EE.UU., la Declaración de Independencia de las 13 colonias rebeldes al Imperio Británico, del 4 de julio de 1776, redactada por Thomas Jefferson con la ayuda de John Adams y votada por el Congreso continental

6 REAL, Alberto Ramón, “El Estado de Derecho - Rechtsstaat” en “Estudios Jurídicos en Homenaje a Eduardo J. Couture”, Montevideo - 1957, pág. 589. A estos efectos, el autor se apoyó en los desarrollos de CARRÉ de MALBERG, Maurice Hauriou, Mayer, Gneist, Ranneletti, entre otros.

7 Hauriou, André, Gicquel, Jean y Gélard, Patrice, “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Ed. Ariel – Biblioteca de Ciencia política, 2ª edición, año 1980, págs. 64 a 68.

8 Hauriou, Gicquel, y Gélard, ob. cit., pág. 156. Particularmente: a) en LOCKE, ese acto jurídico es un “contrato político”: “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, servicio de documentación en Historia de las Ideas, F.C.U., párrafos 95, 96, 97 y 123 a 131; b) en ROUSSEAU, ese acto jurídico es un “contrato social”: “El contrato social”, Ed. Altaya, Capítulo VI del Libro Primero, págs. 14 a 16.

9 LOCKE, ob. cit., Capítulos VIII y IX, entre otros. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos VII del Libro Primero, así como I y II del Libro Segundo. MONTESQUIEU, “Del Espíritu de las Leyes”, Libro II del Tomo I, Versión castellana de Nicolás Estevanez, Editorial Garnier Hnos., París – 1926-.

10 LOCKE, ob. cit., Capítulos XI a XIII. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos V a XII del Libro Segundo. MONTESQUIEU, ob. cit., Libro XI del Tomo I, Capítulos XIV y XVI a XVIII entre otros.

11 LOCKE, ob. cit., Capítulos XIII y XIV. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos IV y siguiente del Libro Segundo. MONTESQUIEU, ob. cit., Libros II y V del Tomo I.

12 LOCKE, ob. cit., Capítulo IX. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulo VI del Libro Primero, así como I y IX del Libro Tercero.

–Órgano de la Unión de las Colonias rebeldes, integrado por un representante de cada de ellas, al cual se había encargado la dirección de la guerra de la independencia contra Gran Bretaña- tradujo a la perfección los aspectos jurídicos del “individualismo optimista” del Siglo XVIII¹³.

Cabe citar un pasaje que habla por sí solo: *“Todos los hombres nacen iguales, están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre estos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los gobiernos son establecidos por los hombres para garantizar estos derechos y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados. Todas las veces que una forma de gobierno se convierta en destructiva de esta finalidad, el pueblo tiene derecho a cambiarla o abolirla”*¹⁴.

Lo mismo puede decirse respecto a la Constitución de norteamericana de Massachusetts de 1780. En ella se consagró una cláusula que representaba lo que hemos expuesto: *“to the end that it may be a government of laws, and not of men”*, es decir, la idea de que el gobierno es de las Leyes y no de los hombres, garantizado por la separación de poderes¹⁵.

Lo cual significaba que en ese Estado norteamericano emergente, todos los individuos estaban sometidos al imperio de la Ley, incluso los gobernantes, aspecto además que era garantizado por la propia Constitución, a través del sometimiento al Poder Judicial, de los incumplidores.

Por otro lado, en Francia, casi contemporáneamente ocurrió algo similar, pues en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagraron jurídicamente las mismas ideas, con una importante influencia de los precedentes norteamericanos¹⁶.

Así, el Artículo 2º de la Declaración disponía: *“el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión”*.

Y el Artículo 16: *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*.

Era el nacimiento del Estado Constitucional.

En síntesis, las ideas del “individualismo optimista” del siglo XVIII, así como su consagración en las Declaraciones de Derechos y las Constituciones norteamericanas y francesas, concebían al Estado como un ente cuyo origen, fundamento y organización jurídica estaba dirigida hacia una finalidad central: la tutela de los derechos individuales, aspecto que fue el motivo esencial de este movimiento.

Ello empujó, motivó y constituyó el embudo que derivó en las primeras elaboraciones intencionales del concepto de “Estado de Derecho”, por parte de los autores alemanes que sintetizaremos a continuación, quienes en definitiva fijaron la matriz genética del mismo.

2. Doctrina Germana del siglo XIX.

Durante todo el siglo XIX, el forjamiento de un Estado Alemán unificado, liberal e independiente tuvo un camino empedrado, pautado por regímenes monárquicos y dictatoriales, lo que constituyó el contexto histórico dentro del cual una serie de autores alemanes gestaron la expresión “Estado de Derecho” e intentaron definirla.

Ya en la Confederación Germánica -constituida en 1815 por 39 Estados, entre los que se encontraban Prusia y Austria-, se produjo entre 1834 y 1848 un movimiento incitado por la burguesía de los Estados confederados, con el fin de forjar un Estado Alemán unificado, liberal y democrático, que los liberara de los regímenes monárquicos imperantes. El movimiento fue aplastado por las distintas monarquías de los Estados confederados, en particular por el Rey de Prusia, quien luego de ciertos amagues liberales y unificadores, decidió pactar con la aristocracia y reprimir duramente a los gestores del movimiento.

Incluso, la unificación de Alemania se produjo a causa de la acción de Bismarck, el canciller de Prusia que gobernó de modo dictatorial entre 1862 y 1871, año en el cual Guillermo I fue proclamado emperador, siendo éste quien completó la mentada unificación del Imperio Alemán, bajo el formato de un Estado Federal Monárquico.

Finalmente, en 1888 fue proclamado Guillermo II, quien dimitió una vez culminada la 1ª Guerra Mundial, en 1919. Recién en ese momento, el Estado Alemán dejó de ser un Imperio y fue proclamado República,

13 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 479 a 481. En este sentido: RODRÍGUEZ ARANDA, Luis en el preámbulo al “Ensayo sobre Gobierno Civil” de LOCKE, ob. cit., págs. 12 y 13.

14 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 482.

15 REAL, ob. cit., pág. 591.

16 REAL, ob. cit., págs. 613 y 614.

celebrándose -luego de varios intentos revolucionarios- elecciones en las que se erigió un presidente -el socialista Ebert-, elaborándose casi inmediatamente en la ciudad de Weimar, la Constitución identificada con el nombre homónimo.

En síntesis, durante el Siglo XIX y hasta entrado el Siglo XX, los alemanes estuvieron bajo regímenes absolutistas, policíacos, donde los gobernantes ejercieron el poder del Estado a modo arbitrario, reglamentario, voluntarista.

Dentro de ese contexto es que debemos ubicar las obras de los autores alemanes que utilizaron por primera vez la expresión “Rechtsstaat - Estado de Derecho” y lo definieron intencionalmente, con la finalidad de impulsar la salida del Estado Alemán de la fase policíaca, hacia esa nueva forma propuesta.

Así, tomando el exhaustivo estudio de REAL¹⁷, debe mencionarse a VON MOHL, cuya obra “Ciencia de la Policía según los Principios del Estado de Derecho” data de 1832; STAHL, cuya obra “Teoría del Estado y del Derecho” data de 1847; BAHR, cuya obra “Del Estado de Derecho” data de 1864; y en menor medida a VON STEIN y GNEIST, cuyas obras datan de 1879.

Es VON MOHL quien introduce y define por primera vez la expresión “Rechtsstaat - Estado de Derecho”, como tipología final de una serie de seis tipos históricos de Estado: Patriarcal, Teocrático, Clásico, Despótico, de Policía y de Derecho Moderno¹⁸.

Por los motivos explicados, el autor concibió al “Estado de Derecho” como el estadio de superación del “Estado de policía – Polizeistaat”, entendiéndolo a este último como la fase en la cual si bien el Estado es dirigido con fines de bien público, el medio para su logro son normas arbitrarias y reglamentarias, en la medida que el gobernante tiene plena libertad para aplicar las medidas que considere necesarias, en aras del fin que persiga.

VON MOHL definió al “Estado de Derecho” como la Administración regida por la Ley, cuyo fin es al mismo tiempo la justicia y el bien público o, como expresó literalmente “*el logro de los fines racionales de la comunidad entera*”¹⁹.

Esta definición fue criticada desde la ciencia jurídica con razón, pues el autor centró la misma en el fin de fomento de los individuos, así como de las fuerzas colectivas, que debería tener el Estado, es decir, en definir la matriz intervencionista del Estado, aspecto que como se analizará en el punto 4 del Capítulo III, es meta jurídica.

Y si bien este es un elemento importante en el Estado, en tanto fenómeno complejo de la realidad, tal como indica REAL, este autor omite concretar la esencia técnico – jurídica del Estado de Derecho, en la medida que no incluye en su definición las características esenciales que lo deberían distinguir: los límites resultantes de las normas jurídicas, la organización, los procedimientos para emitir actos jurídicos, las acciones contra las arbitrariedades del Estado²⁰.

Posteriormente, STAHL postuló que el Estado moderno debía dejar de ser un “Estado de Policía” para transformarse en un “Estado de Derecho”, para lo cual este debía determinar jurídicamente: a) dirección y límites de su acción, b) garantizar la libertad de los ciudadanos, c) no promover directamente, o sea, gubernativamente, ideas morales, d) no ejercer la coacción, sino sólo cuando tenga por finalidad la tutela de los derechos de los individuos²¹.

Con STAHL, el concepto de “Estado de Derecho” dejó de aludir a factores de tipo sustancial o meta jurídicos, como son los fines del Estado y se centró en los medios jurídicos para lograr los mismos, es decir, en los procedimientos y métodos jurídicos a través de los cuales el Estado debía actuar, para el logro de los fines que hubiese decidido perseguir, así como en la tutela de los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, BAHR desarrolló el último aspecto que completó la noción de “Estado de Derecho” imputable a esta corriente.

Señalaba BAHR que para que el “Estado de Derecho” fuese una realidad, no bastaba con la existencia de normas jurídicas constitucionales y/o legales que reconocieran derechos a los individuos, así como los cometidos y el modo de proceder de los distintos Órganos del Estado. Era necesario que existiese una jurisdicción preparada, jueces preparados, con poder para juzgar en los casos en que el Derecho fuese violado

17 REAL, ob. cit., págs. 597 a 602.

18 REAL, ob. cit., pág. 598.

19 REAL, ob. cit., pág. 599.

20 REAL, ob. cit., pág. 599.

21 REAL, ob. cit., pág. 599.

por los gobernantes, con el fin de efectivizar la vigencia de la legalidad y eliminar de raíz el último refugio de la arbitrariedad soberana tradicional, es decir del “Estado de Policía”²².

Precisaba BAHR que esta jurisdicción preparada sería tal, en la medida que los jueces fuesen independientes y totalmente ajenos de la administración gobernante y existiesen un procedimientos judiciales legalmente regulados.

Concluía BAHR que la sumisión de los gobernantes a una jurisdicción, como corolario del principio de separación de los poderes de administrar y de juzgar originado en el “individualismo optimista” del Siglo XVIII, constituía una condición esencial del concepto de “Estado de Derecho” dado que: a) nadie y menos los gobernantes, pueden ser juez en su propia causa, b) los derechos de los individuos frente al Estado deben ser tutelados por éste y no pueden quedar al arbitrio de funcionarios directos de la administración gobernante²³.

A modo de síntesis: la doctrina germánica del siglo XIX, al intentar superar la fase histórica denominada “Estado de Policía” en la cual estaba Alemania, creó la expresión “Estado de Derecho” y estableció -bajo influencia de las ideas movimiento del siglo XVIII- una definición.

Dentro de esta definición, pueden identificarse una serie de elementos que constituyen la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Un elemento jurídico que constituye el núcleo de la definición: el Estado, en las relaciones con sus súbditos, se somete él mismo al régimen de Derecho que ha creado, dado que debe actuar sobre la base de dos categorías de reglas que deberá respetar obligatoriamente: a) las que determinan derechos reservados a los individuos, b) las que fijan de antemano las vías y medios que podrán ser empleadas por los gobernantes para realizar los fines del Estado.

Un elemento jurídico que puede calificarse como teleológico, pues refiere a la finalidad expresa de ese sometimiento: tutelar los derechos individuales.

Un elemento jurídico que constituye la garantía de eficacia de la referida subordinación del Estado al Derecho: sometimiento del Estado, del gobierno y de sus cuadros administrativos, a la jurisdicción de jueces independientes, en caso de incumplimiento de ese Orden Jurídico por el mismo producido.

A esta matriz genética deberían de ajustarse los desarrollos posteriores.

III. DESARROLLOS POSTERIORES A LA LUZ DE LA MATRIZ GENÉTICA.

1. Formalismo positivista.

En términos generales, puede decirse que la premisa fundamental de la corriente positivista de principios del siglo XX, era la siguiente: todo derecho es necesariamente establecido o “puesto” por el Estado -de ahí el término positivo, derivado del latín “positum”-, siendo entonces Derecho la propia voluntad del Estado, como expresión jurídica de una comunidad política independiente.

En del positivismo, pueden identificarse dos vertientes que desarrollaron el concepto de “Estado de Derecho”.

1.1. La autolimitación o auto obligación del Estado: JELLINEK, IHERING, WALINE, DICEY.

Esta corriente partía de una constatación en el plano de los hechos, que es incontestable: *“el Estado es, primordialmente, un poder y todo poder siente la tentación de no soportar ninguna traba. El hecho de que el Estado esté representado en su actuación por hombres frecuentemente arrastrados a un exceso en el poder que encarnan, no facilita las cosas”*. Esto ha llevado a que en varias ocasiones, a lo largo de la historia, algunos gobernantes hayan considerado ser *“lege solutus”*, es decir, no estar obligados a la observancia de Leyes y tener la facultad de dispensar de la misma a los otros²⁴.

Como señalamos, para esta corriente era Derecho la propia voluntad del Estado, como expresión jurídica de una comunidad política. Pero, si bien el Estado era el dueño de la producción y de los contenidos del

22 REAL, ob. cit., págs. 600 y 601.

23 REAL, ob. cit., pág. 601.

24 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 180 y 181.

Derecho, ese Estado sería un Estado de Derecho sí y sólo si no se colocaba a sí mismo por sobre el Derecho, sino en el Derecho, dentro de los límites del Derecho que el mismo había creado²⁵.

Ello significaba, para esta corriente, que el Estado se subordina al Orden Jurídico que él mismo crea, o sea, se auto obliga y autolimita su actuación²⁶.

Esa autolimitación era consentida y querida por el Estado, considerando esta corriente que ello era interés del propio Estado²⁷, lo cual debe entenderse en dos sentidos.

Por un lado, como señala HAURIOU, significa que “cuando el Estado se obliga a obedecer las reglas jurídicas que él ha establecido u homologado, está tomando precauciones contra sí mismo”²⁸ o más precisamente, contra la veleidad de los hombres de gobierno.

Por el otro, a los ojos de los individuos que integran una comunidad, el cumplimiento del Orden Jurídico sólo estará verdaderamente garantizado, en la medida que el propio Estado cumpla con lo que ha establecido.

Sintéticamente entonces, esta corriente postulaba que el único límite a la actuación de un Estado era el Derecho que él mismo había establecido, lo que descartaba toda limitación externa al Derecho, axiológica, política, ontológica u otra, por ser disciplinas ajenas al mismo, sin que ello implicase desconocer su existencia.

La “autolimitación” recibió críticas de autores como DUGUIT, quien sostenía que en definitiva, los límites de la actuación del Estado quedaban al libre arbitrio del propio Estado, pues bastaba que el Estado mediante el dictado de una norma jurídica de la jerarquía adecuada, removiera los límites que él mismo se había fijado con una norma jurídica anterior, para no violar la regla de la auto obligación o autolimitación²⁹.

De esa observación DUGUIT extrajo la razón a partir de la cual entendió que era necesario buscar un Derecho justo suprapositivo que constituyese un verdadero límite al soberano, lo que encontró en lo que llamó “la regla objetiva de derecho”: la prohibición de actuar de cualquier modo en que se perjudique la solidaridad social y el mandato de conducirse de manera que le favorezca³⁰.

Frente a esta crítica, autores como WALINE³¹, reaccionaron sosteniendo que desde el punto de vista estrictamente jurídico, son las limitaciones que emanan del Derecho positivo las únicas que tienen verdadero carácter jurídico y, en definitiva, son las únicas que los individuos tienen derecho a contar formalmente ante el Estado. Por lo tanto, los valores ideales que pueden servir de pauta para enjuiciar la justicia del Derecho positivo que limita al Estado, si no están contenidos en normas jurídicas, son tema de estimativa o axiología, pero no forman parte del sistema objetivo de limitaciones propiamente jurídicas.

En definitiva, señalaban, a la técnica jurídica no se le puede pedir más, aún cuando ello sea insatisfactorio. La seguridad completa que debería brindar un sistema de limitaciones a la actuación del Estado debería provenir de otro plano, uno no jurídico: el valor de las democracias, la moral de los gobernantes y del pueblo, entre otros³². Pero ello ya no ingresaba para el formalismo, dentro del concepto de raíz jurídica que es el de “Estado de Derecho”.

1.2. Teoría Pura del Derecho y del Estado: Kelsen.

En su “Teoría Pura”, Kelsen desarrolló los conceptos de Estado y de Derecho, estrictamente desde la ciencia jurídica, depurándolos absolutamente de todo ingrediente meta jurídico, sea sociológico, axiológico, político o moral.

Planteaba Kelsen que “el Estado depurado de todo elemento místico, ideológico o metafísico, solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres”³³.

Siendo así, concebía al Estado como un sistema autárquico de normas jurídicas, es decir, al Estado como un Orden Jurídico, al cual se le imputan todas las normas que conforman el mismo³⁴. Si bien entendía que: “no todo Orden Jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento que establece ciertos Órganos espe-

25 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, “Teoría del Gobierno” Tomo I, reedición mimeográfica – 1974, F.C.U., pág. 66.

26 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181; REAL, ob. cit., pág. 606.

27 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181.

28 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181.

29 REAL, ob. cit., pág. 607.

30 KORZENIAK, José, “Primer curso de DERECHO PÚBLICO – Derecho Constitucional”, 3ª edición – 2006, pág. 250.

31 REAL, ob. cit., pág. 608.

32 CARRÉ de MALBERG, citado por REAL, ob. cit., pág. 608.

33 Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, editorial Eudeba, 4ª edición – 1999, pág. 150.

34 Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., págs. 150 a 152.

cializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen”, siendo preciso “que haya alcanzado cierto grado de centralización”³⁵.

Por tanto, desde este punto de vista, el Estado, en tanto Orden Jurídico, era para Kelsen un sistema dinámico que debía contar con Órganos y procedimientos definidos para la creación de normas válidas, jerarquizadas en distintos niveles: desde actos jurídicos individuales, pasando por las Leyes, las Constituciones y finalmente, la Norma Hipotética Fundante³⁶.

No interesaba a Kelsen, a efectos de concebir al Estado en tal sentido, que el Derecho fuese creado a partir de mecanismos autárquicos, autoritarios o democráticos, pues en todos los casos estaríamos frente a la existencia de un Orden Jurídico, más allá de su calificación política. Creer que sólo es Derecho, el creado por el pueblo o en interés suyo, o sea, el creado democráticamente, implicaría una indebida restricción iusnaturalista del concepto de Derecho, que llevaría a afirmar indebidamente que sólo es Estado, aquél con mecanismos democráticos para su creación del Derecho³⁷.

En conclusión, en Kelsen se produce lo que Giuseppino Treves ha llamado como la tautología kelseniana, pues acaece una identificación absoluta entre Estado, Orden Jurídico, Derecho y, en definitiva, Estado de Derecho³⁸. A punto tal, que si todo Estado es un Orden Jurídico –en los términos indicados-, todo Estado es un Estado de Derecho, por lo que desaparece el concepto de Estado de Derecho, al dejar de ser una nota singular de ciertos Estados.

Finalmente, para Kelsen, el Estado de Derecho no garantizaba a los individuos la libertad, sino la posibilidad de estos de pedir que los Órganos estatales aplicaran la Ley en su actividad, es decir, la seguridad en el campo del Derecho, lo que evitaba a su juicio las arbitrariedades del gobierno³⁹.

1.3. El formalismo positivista a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Varios autores, en nuestro país Jiménez de Aréchaga⁴⁰ y Real⁴¹, entendieron que el formalismo positivista provocó la “desustancialización” del concepto “Estado de Derecho”, en tanto habría perdido postulados ontológicos y axiológicos que caracterizaban a la noción clásica de los alemanes.

Esta afirmación es correcta y equivocada a la vez.

Es correcta, pues, efectivamente, no existe un ajuste entre el concepto de “Estado de Derecho” de los alemanes y los desarrollos del formalismo.

Es equivocada, pues es desacertada la asignación de una sustancia axiológica y ontológica al concepto de “Estado de Derecho” de los alemanes, dado que, como se especificó, el mismo tiene una matriz genética de absoluto corte jurídico, que no está integrada por ningún factor extra o meta jurídico.

Por tanto, no es que haya existido un “proceso de desustancialización” del concepto, sino que lo que no existió es un pleno ajuste de los desarrollos de esta corriente a todos los elementos de la matriz genética jurídica del concepto.

Primero, a nivel macro, ambos desarrollos fueron elaborados desde la ciencia jurídica y sin incluir factores extra o meta jurídicos.

Segundo, respecto al elemento jurídico nuclear de la matriz genética del concepto, tanto la tesis de la “autolimitación” como la “tautología kelseniana”, hicieron hincapié, desarrollaron y profundizaron que el Estado se somete a sí mismo y a su actividad, al régimen de Derecho que ha creado.

Tercero, ambos desarrollos omitieron el elemento jurídico teleológico de la matriz genética del concepto, pues en ninguno hubo una referencia expresa a la finalidad hacia la cual debía estar dirigido el Derecho creado, así como la subordinación al mismo por el Estado: tutelar los derechos de los individuos.

Cuarto, aunque podría considerarse que está implícito en ellos, lo cierto es que ninguno de los dos desarrollos refieren, con la debida relevancia, a la garantía de eficacia de la subordinación del Estado y los gobernante al Orden Jurídico: el sometimiento a jueces independientes.

35 Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., pág. 150.

36 Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., págs. 111 a 126.

37 Kelsen en “Teoría General del Estado”, citado por Real, ob. cit., pág. 609.

38 Treves, Giuseppino, “Considerazioni sullo Stato di Diritto” en Revista Trimestrale di Diritto Público, Anno IX – 1959, pág. 408.

39 Kelsen en “Foundations of Democracy” in “Ethics”, citado por Giuseppino Treves, ob. cit., pág. 408.

40 Jiménez de Aréchaga, Teoría General del Gobierno” Tomo I, ob. cit., págs. 66 y 67.

41 Real, ob. cit., pág. 606.

2. Autoritarismo.

La exclusión del elemento jurídico teleológico y la no asignación de una relevancia debida a la garantía de eficacia de la subordinación del Estado al Orden Jurídico, que sufrió el concepto “Estado de Derecho” con los desarrollos del positivismo formalista, incidió o facilitó a que los teóricos de los regímenes o sistemas autoritarios - totalitarios, utilizaran una versión deformada de este concepto, a conveniencia de sus propias elaboraciones.

Así, es posible identificar, por un lado, desde comienzos del siglo XX hasta su primera mitad, a los teóricos favorables al nazismo y al fascismo de los Estados de Alemania e Italia y por el otro, desde comienzos del siglo XX, hasta mediados de la década de 1980, a los teóricos del Estado soviético.

2.1. Teóricos de los Estados nazi – fascistas.

Estos teóricos redujeron el concepto “Estado de Derecho” a una mínima expresión. Bastaba con que dentro de un Estado existiesen normas jurídicas que disciplinaran la conducta de los individuos, que consagraran derechos a los mismos y que éstas hubiesen sido aprobadas por procedimientos jurídicos preestablecidos, para que pudiese ser calificado como Estado de Derecho⁴².

Particularmente, Carl SCHMITT consideraba que la única clasificación admisible de los Estados, era la que distinguía en Gubernativos, Legislativos, Jurisdiccionales y Administradores, debiendo “*prescindirse de la expresión “Estado de Derecho”, porque todos los tipos de Estado pueden hacerse pasar por Estados de Derecho, a condición de que cada uno se proponga cumplir o realizar el Derecho que dicta*”⁴³.

2.2. Teóricos del Estado soviético.

Los teóricos del Estado soviético atravesaron varias etapas respecto al concepto de “Estado de Derecho”.

En una primera etapa, la idea de “Estado de Derecho” aparecía como el último refugio burgués para justificar el predominio de su clase sobre las otras, en la medida que el Estado en sí era concebido como un instrumento para el dominio de una clase sobre las demás⁴⁴.

Posteriormente, bajo el influjo de la idea de que si bien el “Estado de Derecho” había sido una victoria de la clase burguesa, ésta se había logrado contra el Estado absolutista y había brindado ventajas para todos -incluso a la clase trabajadora-, estos teóricos reconsideraron el concepto de “Estado de Derecho”, pero bajo otros nombres y con otro alcance, entre ellos: “legalidad socialista” o “legalidad revolucionaria”⁴⁵.

Así, la “legalidad socialista” fue concebida como la estrecha observancia por parte de Órganos estatales, funcionarios y ciudadanos, de la Constitución soviética y de las Leyes, en tanto instrumento para la salvaguardia del sistema social y político soviético, así como para la construcción de una nueva forma de organización social: el comunismo⁴⁶.

2.3. El autoritarismo a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Si bien un Estado con un régimen autoritario – totalitario produce normas y puede llegar a tutelar efectivamente ciertos derechos de los ciudadanos, el mismo no es compatible con el concepto “Estado de Derecho”, en virtud de que no se ajusta en absoluto a su matriz jurídica genética.

Primero, el autoritarismo sólo se ajusta parcialmente al elemento jurídico nuclear de la matriz, por lo siguiente.

Si bien el Estado autoritario - totalitario era concebido como un Estado productor de normas jurídicas, éstas no eran concebidas como un límite a su actuación, a la cual debían someterse los gobernantes, sino como un medio o instrumento para el logro de los fines supraindividuales del Estado.

42 En este sentido: KOELLREUTER, SCHWEINICHEN y LANGE, citados por JIMÉNEZ de ARÉCHAGA en “Teoría del Gobierno” Tomo I, ob. cit., pág. 67; BODDA, citado por REAL, ob. cit., pág. 596; TREVES, Giuseppino, ob. cit., pág. 402.

43 SCHMITT, citado por REAL, ob. cit., pág. 597; también citado en términos similares por JIMÉNEZ de ARÉCHAGA en “Teoría del Gobierno” Tomo I, págs. 66 y 67.

44 TREVES, Giuseppino, ob. cit., pág. 414.

45 TREVES, ob. cit., pág. 414.

46 GOLUNSKII, STROGOVICH y la ACADEMIA de CIENCIAS DE LA U.R.S.S. “CHKHIKVADZE”, citados por TREVES, ob. cit., págs. 415 y 416.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que además de esta “legalidad” o más precisamente “juridicidad endeble” de los Estados autoritarios, coexistía paralelamente, una organización distinta y ajena a éste, que de hecho interfería en su funcionamiento jurídico normal: la del partido de gobierno –en Alemania, el Nacional Socialista, en Italia el Fascista y en la U.R.S.S., el Comunista-, que ciertamente subyugaba a la organización estatal⁴⁷.

Por tal razón, existían al margen de la propia “legalidad o juridicidad endeble” de estos Estados, mecanismos fácticos de afirmación del poder, como eran las policías políticas que perseguían y controlaban el alineamiento de los ciudadanos para con el partido de gobierno, las cuales actuaban fuera de todo control jurisdiccional o parlamentario.

Segundo, los autoritaristas eludieron expresamente el elemento jurídico teleológico de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”. A su juicio, los derechos de los individuos estaban subordinados y eran funcionales al fin transpersonal y superior del Estado. A su vez, el Derecho era un instrumento para el logro tal fin. Por tanto, la finalidad de la aplicación del Derecho no era tutelar los derechos de los individuos, sino alcanzar el fin superior del Estado.

Tercero, en cuanto al último elemento de la matriz genética, aunque existiese algún resquicio de subordinación sería del Estado al Orden Jurídico, tampoco existía en los Estados autoritarios garantías que aseguraran con cierta razonabilidad la eficacia de ese sometimiento.

Por un lado, no existían jueces independientes, en tanto los mismos eran controlados por el aparato ejecutivo central de dichos Estados, que a la vez estaban controlados por el partido de gobierno.

Por el otro, no se consagraban jurídicamente a favor de los individuos, mecanismos efectivos para accionar contra el Estado y sus gobernantes, no siendo cuestionable la juridicidad de sus actos ante jurisdicción independiente.

Ambos aspectos fueron burdos y manifiestos en la génesis de dichos Estados. Sin embargo, con el paso de los años, particularmente en el Estado soviético, los mismos alcanzaron cierto grado de refinamiento, manteniéndose incólumes, aunque bajo un velo de aparente garantía para los ciudadanos.

Cabe citar el ejemplo de la Constitución de la U.R.S.S. de 1977, que en su Artículo 58 consagraba el “*derecho de queja de los ciudadanos, a recurrir las acciones de los funcionarios y de los Órganos estatales y sociales, que supongan infracciones a la Ley o abuso de autoridad*”, lo que sería resuelto por un juez perteneciente a un sistema judicial declarado como independiente, en el Artículo 155⁴⁸. Sin embargo, la propia Constitución consagraba la figura del “*Ministerio fiscal*”, cuyos cometidos –Artículo 164-, entre otros, eran: controlar la legalidad de las quejas y demás acciones judiciales, controlar la legalidad de la función de los jueces, incluyendo el control de la legalidad y fundamentación, elevando su juicio al “*Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S.*”, que era el Órgano máximo del Estado soviético bajo el control del Partido Comunista⁴⁹.

Es decir, la garantía consagrada se desvanecía en un espejismo.

3. Democraticismo: la posición de Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA.

Frente al autoritarismo y como una reacción directa contra la posibilidad de calificar a un Estado autoritario –totalitario como “Estado de Derecho”, en las décadas de 1930 y 1940 un conjunto de autores procuraron cimentar el concepto de “Estado de Derecho” en pilares políticos y sociales que fueran más allá de la autolimitación jurídica del Estado.

Esta reacción se produjo pues, a criterio de esta serie de autores, la autolimitación del poder del Estado propuesta por el formalismo positivista era insuficiente⁵⁰ –como indicáramos al desarrollar la crítica a este movimiento-, lo que habría quedado demostrado en lo que habían sido las realidades de los Estados autoritarios –totalitarios.

Así, autores como DELVECCHIO, SAMPAY, LEGAZ Y LACAMBRA, entre otros, sostuvieron, con loable intención, una identificación necesaria entre Estado de Derecho y sistema democrático. El Estado de Derecho era aquel que tenía un régimen de gobierno democrático porque, para estos autores, éste era el régimen

47 TREVES, Giuseppino, ob. cit., págs. 402 y 403. HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., respecto a los Estados fascista y nacional socialista: págs. 904, 905 y 909; respecto a la U.R.S.S., efectuando estos autores un interesante y recomendable análisis relativo al Estado soviético: págs. 813, 814 y 831 a 836.

48 DOLGOPÓLOV, Yuri y GRIGORIÁN, Levón, “Fundamentos del Derecho estatal soviético”, editorial Progreso – Moscú, año 1979, págs. 294, 295 y 487.

49 DOLGOPÓLOV y GRIGORIÁN, ob. cit., págs. 411 y 490 a 494.

50 REAL, ob. cit., pág. 614.

político que otorgaba las máximas garantías, no solo jurídicas, sino políticas y sociales, a los individuos para la protección de sus derechos⁵¹.

3.1. La posición de Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA.

En nuestro país, el principal exponente de este movimiento fue Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, a partir del concepto de “Estado de Derecho” que desarrolló en su obra “Teoría de Gobierno”⁵². Esta obra fue publicada en 1944 y recogía sus clases de Derecho Constitucional dictadas en la década de 1940, en plena 2ª guerra mundial y vigencia de los Estados autoritarios – totalitarios, por lo que su concepción constituyó una intensa, vehemente, directa y hasta emocionante reacción a ello, dentro de cuyo contexto debemos entenderla y valorarla debidamente.

Partía de una premisa: si como sostienen los formalistas, el Derecho es simplemente “*la voluntad de la soberanía manifestada en artículos el Estado de Derecho podría servir como expresión de cualquier realidad*”, en la medida que “*Derecho podría ser cualquier cosa*”. Sin embargo, sostenía, “Derecho” y “Estado de Derecho”, son nociones que hacen referencia a una realidad más densa y más honda, e incluso más limitada.

Decía entonces, que si se reacciona contra esta concepción formalista y se afirma que para que un precepto fuese realmente una norma jurídica debe contener una regla para la convivencia que fuese conforme a ciertos ideales o principios superiores a la voluntad del Estado, entonces la posibilidad de empleo abusivo de la expresión “Estado de Derecho” queda limitada.

Para ello, ubicaba al Estado de Derecho como la forma propia de lo que denominaba como “gobiernos de opinión” o más precisamente, indicaba que el gobierno de opinión era el gobierno propio del Estado de Derecho, a cuyo concepto cabe referirse a efectos de comprender cabalmente su posición.

JIMÉNEZ de ARÉCHAGA distinguía “gobiernos de opinión” y “gobiernos de fuerza”, como dos modos de reacción distinta que tuvieron las comunidades humanas ante lo que identificaba como la “*crisis de seguridad*” padecida por las mismas entre los siglos XIX y XX⁵³.

Planteaba que determinadas comunidades habían elegido los gobiernos de fuerza. Partían de la idea de “poder” y de que para superar esa contingencia histórica era necesario levantar por encima de los individuos, un ente místico, supraindividual y transpersonalista, que era el Estado, a cuyas necesidades de imperio debían sacrificarse.

Dentro de ese Estado, un grupo determinado, una raza, clase o partido, monopolizaba el poder y lo ejercía subordinando los destinos individuales –incluida la libertad– en aras de los fines superiores de ese Estado. Motivo por el cual, el gobierno –a cargo del grupo, raza, clase o partido– era administrador de un poder sin fronteras, siendo el Derecho nada más que una apariencia formal bajo la cual se presentaba y ejercía la violencia ilimitada por el gobernante.

Otras comunidades habían elegido los gobiernos de opinión. Partían de la idea de “consentimiento” y de que si bien era necesario restringir los poderes de autodeterminación de los individuos para mantener la armonía en un grupo, había un dogma insalvable: el hombre era la medida de todas las cosas.

Así, concebían a la sociedad como una “agregación de individuos”, todo lo estrechamente vinculados que se quiera, pero de individuos al fin. Por lo que para estas comunidades: a) el Estado era una estructura destinada a regular, a través del Derecho, las relaciones entre los individuos, defendiendo la libertad civil e integridad de cada miembro; b) el gobierno era un sistema orgánico de autoridades, al que se le confería la función de aplicar y garantizar la vigencia del Orden Jurídico; c) el Derecho era una convención entre los hombres para regular sus vidas, cuya autoridad emanaba del consentimiento de los hombres.

Para el autor, el gobierno de opinión era, por sus características, la forma de gobierno propia del sistema democrático, siéndolo también del Estado de Derecho. Por lo que el Estado de Derecho era necesariamente democrático.

Aclarado esto, el autor perfilaba los caracteres del Estado de Derecho.

En primer lugar, lo caracterizaba como limitado en cuanto a sus fines.

A tal efecto, separaba los conceptos de Estado y Sociedad, indicando que el Estado operaba sobre lo social, ordenándolo, aunque no sobre todo lo social, pues la actividad de los hombres en sus relaciones

51 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno”, ob. cit., pág. 66.

52 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno”, ob. cit., particularmente en páginas 30 a 32 y 67 a 73.

53 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno” Tomo I, ob. cit., pág. 31: es curiosa, por lo actual, la descripción de la “crisis de seguridad” que efectúa, indicando que los males semejantes sufridos por las comunidades habían sido: 1) la explotación capitalista, 2) el pavoroso problema de la desocupación, 3) una psicosis de temor frente al vecino, 4) sobre todo, un sentimiento de desesperanza, en cuanto a la posibilidad de alcanzar un mundo cuya paz pueda ser asegurada por el derecho.

interindividuales con otros hombres era ajena a él y por tanto, escapaba a su objeto y fin. Esto significaba, a su criterio, que el Estado no podía monopolizar ni imponer una determinada religión o un modo único de cultura a los hombres.

En segundo lugar, indicaba que la libertad individual era un dogma en el Estado de Derecho, que no necesitaba ser demostrado para ser lícitamente reclamado por los individuos. Esto derivaba, según el autor, de la base de la teoría democrática, en la cual hay dogmas insalvables, siendo el de la libertad individual el más importante e inmovible de todos. En este aspecto vemos, nuevamente, la identificación entre Estado de Derecho y democracia.

En tercer lugar, señalaba que el Estado de Derecho se caracterizaba por estar limitado en su competencia y en sus modos de actuación, por el Derecho que él mismo hubiese creado.

Finalizaba el autor indicado que todos estos caracteres del Estado de Derecho derivaban de la Constitución, la cual podría ser reformada a través de sus mecanismos. Sin embargo, planteaba: ¿podría ser reformada en cualquier sentido? e incluso más, ¿podría el Derecho contener cualquier contenido?

A ambas cuestiones daba una respuesta negativa, por dos razones.

Por un lado, porque el Derecho es producto de la voluntad del soberano, entendida como comunidad humana. Las comunidades están compuestas por hombres y su voluntad es racional. Por tanto, el Derecho es producto de la voluntad racional del hombre y su contenido debe ser necesariamente racional, lo que excluye la posibilidad de que sea arbitrario u omnipotente.

Por el otro, porque la fuente de donde extrae su autoridad el Estado de Derecho, en tanto gobierno de opinión, es el consentimiento de la comunidad. Aunque no cualquier consentimiento, sino el de una comunidad que actúa en el campo de la libertad.

3.2. El democraticismo a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Como perfilamos desde un comienzo, el concepto de “Estado de Derecho” proviene de la ciencia jurídica, como una respuesta jurídica a los Estados con regímenes absolutistas, personalistas y policíacos, que implica no solamente la identificación de los límites jurídicos de su actuación, a los cuales éstos deben subordinarse, sino también que esos límites tienen una finalidad determinada, así como garantías que aseguran razonablemente dicha subordinación.

Ello, sin perjuicio de otras respuestas elaboradas desde planos políticos, ontológicos y axiológicos, a los Estados que tenían dichos regímenes.

Como primer aspecto, cabe señalar que esta corriente tuvo un aporte muy importante: persuadir respecto al peligro que implicaba identificar Estado de Derecho, simplemente, con un Estado productor de normas jurídicas a las que se auto subordina, lo que por sí solo era insuficiente para caracterizarlo.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta corriente tuvo un error metodológico de carácter innecesario.

El error metodológico consistió en que al identificar Estado de Derecho y sistema democrático, ante la incuestionable insuficiencia del concepto positivo formal de Estado de Derecho, esta corriente quitó dicho concepto de la órbita de la ciencia jurídica a la que pertenece, por la siguiente razón.

Ya desde la antigua Grecia –en el siglo V antes de Cristo–, a partir de HERODOTO, pasando por PLATÓN y luego ARISTÓTELES, la democracia fue concebida como una forma de gobierno determinada, es decir, como una de las formas en que podía ejercerse el poder dentro de las polis griegas, que en su caso, era la forma de gobierno de las mayorías.

A su vez, a partir del “individualismo optimista” del siglo XVIII evocado al inicio de este estudio, la democracia fue retomada como forma de gobierno, de un modo tal que proyectó lo que sería su contemporáneo carácter político liberal. Así, fue concebida como un modelo político de gobierno para el libre desarrollo del pueblo, pues del conjunto de derechos reconocidos al individuo, la libertad individual era el valor primordial, dado que aparecía como el que permitía el logro de las aspiraciones, la felicidad e incluso la igualdad⁵⁴.

Se planteaba que la democracia era el sistema político más eficaz para la protección del ejercicio de la libertad, dado que permitía reflejar la diversidad de opiniones emitidas libremente en el seno de sociedad, en el gobierno de la gestión de las políticas públicas, lo que implicaba la existencia de formaciones políticas que se alternaran en el poder para la ejecución de dichas políticas y la existencia de un parlamento, con mayorías y minorías, para el auto control político⁵⁵.

54 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 378.

55 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 378 y 379.

Esta idea político gubernativa primigenia de democracia ha permanecido en el tiempo⁵⁶, por más que el concepto haya evolucionado hacia nociones más complejas como ser “estructura gubernamental”⁵⁷, “sistema de gobierno”⁵⁸ o “sistema de instituciones”⁵⁹. El origen y el carácter político gubernativo de la democracia como concepto, instituto o sistema es entonces innegable, por más que luego haya sido recogida por gran parte de los Estados occidentales en sus Órdenes Jurídicos, en particular en sus Constituciones.

Véase entonces que si bien el concepto contemporáneo de democracia y el de “Estado de Derecho” tuvieron un punto de origen histórico común, constituyeron reacciones desde ángulos distintos a los modelos personalistas, absolutistas o policíacos de ejercicio del poder estatal, apuntando a aspectos ligados pero diferentes: a) en un plano político, la democracia, como una forma de gobierno donde el poder pasa a residir en los individuos que integran una sociedad; b) en un plano jurídico, el Estado de Derecho, como modelo de organización jurídica del Estado a partir del cual era posible limitar, desde el Derecho, el ejercicio del poder estatal, de modo jurídicamente efectivo.

Ambas reacciones fueron sin dudas paralelas, se retroalimentaron y de cierta forma se yuxtapusieron, pero pertenecen a planos diferentes.

Por tal motivo, en la medida que esta corriente recurrió a un elemento de carácter político, como factor esencial para definir un concepto que pertenece a la ciencia jurídica como es el Estado de Derecho, excedió los límites científicos de la teoría jurídica, lo que no aparece, desde este punto de vista, como lo más recomendable, pues la ciencia jurídica no se encarga de los aspectos políticos, axiológicos o de otra índole de los fenómenos existentes en la realidad⁶⁰.

A su vez, en términos generales, si para definir un concepto propio de la ciencia jurídica –como es el “Estado de Derecho”– se recurre a aspectos de tipo político, axiológico u otros ajenos a esta ciencia, de cuya verosimilitud esté convencido un grupo de hombres en una época determinada, se corre el riesgo de perpetuar –en actitud chauvinista– aspectos meta jurídicos dentro de una noción que no los contiene necesariamente, si bien, eventualmente, éstos podrían ajustarse al concepto jurídico.

A nuestro juicio, es lo que ocurre en la relación entre Estado de Derecho y democracia, pues si bien el concepto jurídico “Estado de Derecho” no la incluye necesariamente, la misma se ajusta perfectamente a los contornos y rasgos jurídicos de dicho concepto.

Por otro lado, como se mencionó al comienzo de este punto, el indicado error metodológico era innecesario, por la razón que se explica a continuación.

La identificación entre Estado de Derecho y sistema democrático que efectuó esta corriente derivó de la indudable insuficiencia del desarrollo positivo formal del concepto, como respuesta ante los pseudos “Estados autoritarios –totalitarios de Derecho”, con la plausible finalidad de brindar garantías políticas y sociales a los individuos, que completaran las muy escasas brindadas por el concepto formal de “Estado de Derecho”.

Sin embargo, no era menester efectuar dicha operación, pues bastaba con recurrir a la matriz genética jurídica del concepto de “Estado de Derecho”, cristalizada por los autores alemanes del siglo XIX, más extensa y garantista que la restringida noción positivista formal.

Esto pues, como se ha expuesto, la matriz genética jurídica del concepto de “Estado de Derecho” no se restringía a la autolimitación del Estado por las normas jurídicas que dicta –como sostenía el positivismo formalista–, sino que además hacía hincapié en la finalidad de la subordinación del Estado al Orden Jurídico –protección de los derechos de los individuos–, así como en la garantía de efectividad de dicha sumisión, factores que son más que suficientes para impedir la calificación de los Estados autoritarios –totalitarios como Estados de Derecho, como ya se analizó.

Como conclusión, cabe señalar que si bien la democracia se ajusta al concepto jurídico del “Estado de Derecho” y a su matriz genética, esta noción y su matriz podrían admitir otras formas políticas de gobierno, lo que no implica en absoluto que contemplen formas autoritarias de gobierno, como fue indicado y demostrado en el parágrafo anterior y en el punto 2.3 del Capítulo II.

56 Véase por ejemplo la definición que hizo Abraham LINCOLN de democracia, en un discurso pronunciado en Gettysburg el 19 de noviembre de 1863: “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, fórmula que a su vez fue recogida textualmente en el Artículo 2º de las Constituciones francesas de 1946 y 1958. Fuente: HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 377.

57 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 377.

58 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno” Tomo I, ob. cit., págs. 151 y 152: lo define como “sistema democrático representativo de gobierno”, dentro del cual identifica una serie de institutos propios.

59 Dardo REGULES, citado por CAGNONI, José Aníbal, “Democracia y Estado de Derecho” publicado en “Estudios sobre el Estado de Democrático y Social de Derecho”, Montevideo – 1989, págs. 15 y 16.

60 WALINE citado por REAL, ob. cit., 615.

4. Estado de Derecho y Estados de bienestar y social.

El origen del Estado de bienestar y luego del Estado social, se encuentra ya en la Prusia de Bismark, hacia fines del siglo XIX, a partir de una serie de medidas adoptadas por el Estado, como un impulso para frenar los problemas de miseria económica y marginalidad social que amenazaban la estabilidad del naciente Imperio Alemán, despuntando así un nuevo fin del Estado: el social⁶¹.

Paulatinamente, como ocurrió con la Constitución de Weimar de 1919 y otras posteriores –en Uruguay, Constitución de 1934–, se inauguró la práctica de incluir en la parte dogmática de las Cartas Magnas, el reconocimiento de derechos económicos y sociales a los individuos –conocidos como derechos de segunda generación–, así como planes de acción social para el Estado.

Paralelamente, los anglosajones desarrollaron hacia 1930 la idea de lo que denominaron “Estado de bienestar, providente o prestacional”, como aquel que extiende deliberadamente sus actividades hacia el logro de un determinado fin: el bienestar social⁶².

Estos aspectos confluyeron en el desarrollo del llamado “Estado social”, también orientado hacia el fin de lograr el bienestar social, pero no ya desde la perspectiva asistencialista del “Estado de bienestar”, sino impregnando de ese fin social al Derecho y a las estructuras de la organización del Estado, lo que se reproduce en una ampliación de los cometidos para su consecución⁶³. Este modelo fue recogido por la Constitución de Bonn de 1949, la italiana de 1947, la española de 1978, entre otras, siendo el vigente en Uruguay.

En síntesis, el “Estado de bienestar” y el “Estado social” perfilaron su característica común en no haberse limitado solamente a cumplir con el fin primario del “Estado gendarme”, de controlar, prevenir y reprimir invasiones a los derechos individuales, sino por haber extendido sus fines hacia el logro del bien socio económico común de los individuos que integran la sociedad, a través de una actitud activa e intervencionista del Estado en la misma.

En atención a estos nuevos fines, ambos modelos estatales incorporaron un nuevo principio regulador de la relación entre el Estado y la sociedad: el de “*subsidiariedad*”, que implica básicamente que el Estado es un ente orientado hacia la satisfacción del interés general, con un deber de ayuda para el logro de intereses específicos particulares en tanto convergentes al interés general⁶⁴.

La diferencia entre “Estado de bienestar” y “Estado social” radica en que mientras el primero se quedó con un carácter asistencialista y “nodrizo”, el segundo alineó hacia el logro de sus fines, al aparato estatal, al Derecho, así como a sus cometidos, funciones y actividades jurídicas y materiales, en aras de transformar las condiciones socio económicas de la vida humana⁶⁵.

4.1. La visión de los Estados de bienestar y social, como modelos evolucionados del Estado de Derecho.

Algunos autores han planteado que los Estados de bienestar y social son modelos que se han desprendido y han desarrollado el de Estado de Derecho e incluso, hasta pretendieron ver cierta dicotomía entre ellos.

Quienes efectuaron este planteo, partían del concepto positivo formal de “Estado de Derecho”, identificándolo a su vez con el Estado “gendarme” o liberal clásico, en cuanto a sus fines⁶⁶.

Señalaban así, que el Estado de Derecho era un concepto por el cual se restringía el rol del Estado al dictado de normas jurídicas por las cuales auto limitaba su actuación y su poder, con el fin de defender las libertades de los individuos, sin otro tipo de intervención en la sociedad, dejando hacer y pasar.

61 CEA EGAÑA, José Luis, “Presente y futuro del Estado social de Derecho” en Revista de Derecho de la Universidad Católica Tomo VII, pág. 209.

62 CAGNONI, José Aníbal, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad” publicado en “Estudios sobre el Estado de Democrático y Social de Derecho”, Montevideo – 1989, pág. 46. En igual sentido: CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 210, el cual refiere a una definición de Fritz NEUMANN, a partir de la cual define al Estado de bienestar como “*aquel orientado a procurar la existencia digna de todos los habitantes en su territorio, cubriendo los derechos a la educación y enseñanza, a la protección de la salud y a la higiene pública, a la vivienda, al descanso y a la seguridad social frente a las situaciones de necesidad colectiva*”.

63 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., págs. 46 y 47. En similar sentido: CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 208.

64 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 54.

65 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 46.

66 TREVES, Giuseppino, ob. cit., págs. 409 y 410. En este sentido: REAL, ob. cit., pág. 604, quien con suma lucidez indicaba: “*a menudo la confusión de estos conceptos ha sido utilizada por los enemigos, en potencia, del Estado de derecho para desacreditarlo, llamándole Estado burgués de derecho*”.

Por lo tanto, indicaban que, mientras el Estado de Derecho así entendido se regía por el Principio de legalidad o juridicidad, de estricto apego a la norma jurídica, el Estado de bienestar o social pasa a regirse por el referido Principio de subsidiariedad, de intervención positiva en la sociedad para el logro del bien socio económico común⁶⁷.

Así, concluían, el Estado de bienestar o social, constituía una evolución, un desarrollo del Estado de Derecho⁶⁸, partiendo de que éste tenía el sentido restringido indicado.

4.2. Análisis de la referida visión, a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

En primer lugar, al igual que los democraticistas, quienes aportaron esta visión partieron de una concepción restringida de Estado de Derecho –la del formalismo positivista–, que es incompleta en virtud de que no contempla todos los aspectos pautados por la matriz jurídico genética del mismo, la cual ha sido desarrollada a lo largo de este estudio.

En segundo lugar, sostener que los Estados de bienestar y social son modelos desarrollados y desprendidos del Estado de Derecho, implica cometer un error metodológico en el análisis del fenómeno Estado, por lo siguiente.

Como se señaló en el Capítulo I, el Estado aparece como un fenómeno heterogéneo, complejo, que presenta diversas aristas particulares, las cuales requieren ser tratadas desde distintos ángulos o planos, que pueden y deben ser complementarios, pero que son diferentes al fin, lo que implica que cada uno tiene coordenadas analíticas autónomas que deben ser respetadas.

Así, por los motivos explicados, la noción de “Estado de Derecho” pertenece a la ciencia jurídica, es decir, constituye el análisis del fenómeno Estado, desde el punto de vista objeto de esta ciencia, pudiendo un Estado ser “de Derecho”, en la medida que se ajuste a su matriz genética.

En cambio, la calificación de un Estado como “gendarme” o como “de bienestar” o “social”, apunta a otro plano de análisis del fenómeno Estado en la realidad: a la de la relación de ese Estado con la sociedad en su conjunto, al grado de intervención de éste en la misma, que puede variar en cada caso⁶⁹.

Se trata entonces de la definición de los fines del Estado en relación a la sociedad, concepto en sí mismo meta jurídico⁷⁰, por las razones expuestas en los dos párrafos anteriores, por más que luego los fines definidos por ese Estado se vean reflejados de forma diversa en su Constitución.

Dicho esto, queda claro que no es correcto plantear que los Estados de bienestar o social son modelos desarrollados del Estado de Derecho, en la medida que se está analizando al fenómeno Estado desde dos planos distintos.

Un Estado, en tanto cumpla con todos los aspectos propios de la matriz genética del concepto de “Estado de Derecho”, podrá ser calificado como tal y a la vez, según los fines que hubiese definido respecto a la sociedad, podrá ser calificado como “gendarme” o “benefactor” o “social” u otra categoría atinente a sus fines, que pudiese idearse.

En síntesis, “Estado de Derecho” y “Estado benefactor” o “social”, no son excluyentes, sino dos formas en las que puede ser calificado un mismo Estado, en atención a perspectivas diferentes.

Más aún, si en virtud de lo expuesto, un Estado es calificado como “de Derecho” y a su vez, como “social”, la propia matriz genético jurídica de dicho Estado estará orientada a tutelar el fin de bienestar social elegido el mismo, pues: a) las normas jurídicas que definan los límites de la actuación del Estado, estarán inficionadas por el fin elegido, dado que los cometidos, las funciones y actividades establecidas por tales normas para su logro, estarán alineadas y ordenadas hacia la consecución de dicho fin; b) la finalidad de dicho Estado de Derecho, será la de tutelar los derechos de los individuos, lo que incluye, en virtud del fin social asumido, no solamente a los derechos políticos de primera generación, sino también a los socio económicos de segunda generación; c) por último, la garantía de efectividad de la subordinación del Estado a un Orden Jurídico con tales características, así como con la finalidad señalada, asegura razonablemente su cumplimiento.

67 TREVES, ob. cit., pág. 410. CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 45, señala en este sentido: “*tampoco tiene razón de ser el Principio de subsidiariedad, en el denominado Estado de Derecho, en su versión o etapa originaria imbuida por el espíritu liberal clásico, individualista*”.

68 TREVES, ob. cit., pág. 411; CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 213.

69 En este sentido ver: WEBER, Max, “Economía y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica – México, 8ª reimpresión de la 2ª edición en español, págs. 44 y 1055.

70 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 48.

5. Finalismo: la posición de Alberto Ramón REAL.

El finalismo fue un movimiento general de reacción contra la concepción positivista formalista del Derecho y del Estado de Derecho -analizada en el punto 1 del Capítulo I-, que concebía a tales conceptos como un “algo para”, es decir, como realidades ordenadas hacia la conquista de una finalidad, de un “telos”⁷¹.

En ese marco, REAL forjó con lucidez su posición respecto al concepto de “Estado de Derecho”, denominándola como “finalismo personalista”.

Para afirmar el carácter “finalista” del Estado de Derecho, citó y adoptó la posición de CARRÉ de MALBERG, en los siguientes términos: “*el fin del Estado de Derecho*” es “*la garantía del estatuto individual*”, agregando “*que el régimen del Estado de derecho es concebido en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales*”⁷².

Es decir, afirmaba REAL, la noción de “Estado de Derecho” supone, en su esencia jurídico conceptual abstracta, una finalidad y esta es la de “*tutelar los derechos humanos*”⁷³.

Con esta afirmación comprendió, acertadamente, la protección de todos los derechos propios del ser humano reconocidos o declarados por el Orden Jurídico de cada Estado, así como aquellos expresamente consagrados a los individuos –a nivel de la Constitución-, lo cual engloba: a) a los derechos civiles y políticos de primera generación; b) pero también, según la realidad jurídico constitucional concreta de cada Estado, a los derechos económicos y sociales de segunda generación e incluso, a los derechos de tercera generación, como es el derecho a la protección del medio ambiente.

A partir de este concepto, REAL analizó la realidad jurídico constitucional concreta del Estado uruguayo, constatando que en la misma se consagra, por un lado, un sistema democrático republicano de gobierno de tipo personalista –refiriendo a los Artículos 72 “*derechos inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno*” y 82 “*la Nación adopta para su Gobierno la forma democrático republicana*”, de nuestra Constitución-; por el otro, un Estado que tiene, en virtud de sus fines, carácter social –citando los Artículos 40 a 71 de la Constitución-⁷⁴.

Como consecuencia de ello, concluía que dentro del Estado de Derecho uruguayo, los individuos eran titulares de derechos civiles y políticos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, así como de derechos económicos y sociales, cuya protección debía ser el fin de nuestro Estado, así como el fin de la sumisión del mismo al Orden Jurídico.

Finalmente, por lo expuesto, cabe señalar que el “finalismo personalista” de REAL se ajusta perfectamente a la matriz genética jurídica del concepto de “Estado de Derecho”, pues hizo un debido hincapié en uno de los elementos de dicha matriz: el teleológico.

A su vez, su operación metodológica fue, a nuestro juicio, la adecuada, pues, en primer término, efectuó el análisis abstracto del concepto “Estado de Derecho” o más precisamente de su finalidad, desde un plano estrictamente jurídico, para recién luego aplicar su concepción a la realidad constitucional particular del Estado uruguayo.

IV. PROPUESTA.

Efectuado este recorrido histórico dogmático sobre el concepto “Estado de Derecho”, nos queda en la retina la reflexión que hacía Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, como punto de partida para definir dicha noción.

¿Cualquier Estado puede ser calificado como Estado de Derecho, en tanto produzca normas jurídicas? La respuesta es claramente negativa.

Ahora, debemos cuestionarnos, cómo podemos delimitar el concepto de “Estado de Derecho”, sin caer en el error de tipo metodológico de identificarlo con aspectos meta jurídicos y a su vez, sin que el concepto quede abierto de forma tal, que se corra el riesgo de que pueda ser utilizado para la calificación de Estados que no son realmente tales, como ocurrió con los autoritarios.

A estos efectos, plantearemos dos premisas desprendidas del análisis evolutivo realizado, para luego desembocar en una propuesta de definición del concepto de “Estado de Derecho”.

71 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, “La Constitución Nacional” Tomo I, págs. 134 a 137.

72 REAL, ob. cit., pág. 603.

73 REAL, ob. cit., pág. 604.

74 REAL, ob. cit., págs. 604 y 605.

1. Premisas.

1.1. Primer premisa: el concepto de “Estado de Derecho” pertenece a la ciencia jurídica.

A partir de los fundamentos expuestos, es posible afirmar que la creación de la expresión “Estado de Derecho” y la elaboración intencional de su concepto, se forjó desde la ciencia jurídica, con los autores germanos del siglo XIX –sustentados en las razones ideológico jurídicas y normativo jurídicas, que el movimiento del siglo XVIII aportó–, como una respuesta desde el Derecho, a los modelos personalistas, absolutistas, policíacos y arbitrarios de ejercicio del poder estatal.

El “Estado de Derecho” fue ideado por estos autores, como un modelo de organización jurídica del Estado, a partir del cual era posible limitar desde el Derecho, el ejercicio del poder estatal, de modo jurídicamente efectivo.

Por tanto, el concepto de “Estado de Derecho”, implica necesariamente considerar al complejo fenómeno “Estado”, en una de las distintas perspectivas a partir de las cuales se lo puede analizar: la jurídica, lo que ineludiblemente lo integra como objeto de estudio de la ciencia homónima, como se señaló en el Capítulo I.

Como tal, la expresión refiere sólo a uno de los aspectos del fenómeno “Estado” –el jurídico–, lo cual no significa negar que el Estado, como fenómeno complejo que es, se nutre además de aspectos políticos, sociales, económicos, religiosos u otros. Sino que sólo significa admitir que el concepto de “Estado de Derecho”, define al Estado únicamente en uno de sus manifestaciones como fenómeno que existe en la realidad.

Por tal motivo, metodológicamente, el concepto de “Estado de Derecho” no debe definirse a partir de un determinado sistema político de gobierno, así como a partir de ningún otro elemento meta jurídico, como pueden ser sus fines o la adopción de una religión determinada –por citar un ejemplo–, aún cuando éstos hubiesen sido adoptados jurídicamente por el Estado, en su Constitución.

En consecuencia y por las razones expuestas, es la ciencia jurídica la que debe perfilar los rasgos y caracteres jurídicos que identifiquen al Estado de Derecho, con el sentido garantista con que fue ideado en su origen.

Será recién a partir de esa noción jurídica de “Estado de Derecho”, que se estará en una adecuada posición para analizar en cada caso concreto, si un Estado puede ser calificado o no, como Estado de Derecho.

Así, por ejemplo, si un Estado determinado ha consagrado –entre otros aspectos– un sistema político de gobierno en su Constitución que se ajusta a los caracteres jurídicos del concepto de “Estado de Derecho”, estaremos ante uno, en caso contrario no.

Con esto queremos significar que si bien el sistema de gobierno de tipo democrático, en virtud de sus características, se ajusta a la perfección a los caracteres del concepto de “Estado de Derecho”, ello no quita que un Estado, actual o futuro, que consagre en su Constitución otra forma de gobierno, cuyas características se ajusten al modelo jurídico del Estado de Derecho, pueda ser calificado como tal. Con humildad intelectual, pero con estricto rigor técnico, habrá que analizar el caso concreto de cada Estado, a la luz de este concepto.

1.2. Segunda premisa: las características jurídicas del concepto de “Estado de Derecho” se extraen de su matriz genética.

Dentro del concepto de “Estado de Derecho”, acuñado por los autores germanos del siglo XIX, es posible identificar una serie de pautas jurídicas que constituyen la matriz genética del mismo, como ya se ha indicado.

Esta matriz es imposible de soslayar, pues refleja el motivo, la finalidad y el modo en que fue pensado el concepto de “Estado de Derecho”, por lo que sus características se deberán perfilar y profundizar a partir de la misma.

Además, la matriz permite conformar un concepto complejo de “Estado de Derecho”, que no lo limita a una noción jurídica formal, a una mera estructura formal vacía, como sucedió con los desarrollos del positivismo formalista.

Sino que como ya analizamos, la misma es jurídicamente sustancial, pues contiene dentro de sí un núcleo conceptual definido, una finalidad determinada y una garantía de eficacia que cierra herméticamente el concepto, todo lo cual elimina el riesgo de que el mismo pueda ser utilizado para la calificación de Estados que no son realmente tales, como los totalitarios –autoritarios–.

Finalmente, los desarrollos conceptuales posteriores a la fijación de esta matriz genética, deben ser tomados en cuenta para la definición del concepto de “Estado de Derecho”, en tanto se ajusten, enriquezcan y profundicen sus elementos.

2. Definición.

Partiendo de la matriz genética del concepto de “Estado de Derecho”, su definición debe construirse y estructurarse sobre la base de tres elementos que deberán coexistir simultáneamente dentro de un Estado: uno jurídico nuclear, otro jurídico teleológico y finalmente, uno jurídico garantista o consecuencial.

1°. *El elemento jurídico nuclear.* El Estado de Derecho es un Estado que se somete a sí mismo a un régimen de Derecho, a un conjunto de normas que el mismo ha dictado y que conforman un Orden Jurídico. Ello implica que en esta clase de Estados, el Orden Jurídico vigente no solamente subordina a la actividad de los “gobernados”, sino también a la del Estado y a la de quienes expresan su voluntad, o sea, los gobernantes y los funcionarios estatales que integran sus cuadros administrativos.

Estas normas de Derecho a las que debe subordinarse el Estado -así como gobernantes y funcionarios estatales- pueden dividirse en dos categorías.

En primer lugar, las normas jurídicas que le atribuyen sus cometidos, así como las que establecen las funciones que éste puede realizar de acuerdo a dichos cometidos y las potestades o poderes jurídicos para la ejecución de los cometidos atribuidos.

Esto significa que el Estado, así como los gobernantes y los funcionarios en el ejercicio de sus funciones como tales, solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido por el Orden jurídico, a través de los poderes, funciones y demás medios establecidos previamente por reglas de Derecho, sin perjuicio de aquellos poderes o medios no expresamente previstos, pero que se ajusten y sean de estricta necesidad para la ejecución de un cometido.

Este concepto ha sido encapsulado dentro de lo que se ha denominado como “Principio de especialidad”⁷⁵ o “Principio de legalidad”⁷⁶, al cual por razones de precisión técnico jurídica, es preferible denominar “Principio de juridicidad”, dado que refiere al necesario ajuste de la actuación del Estado a todo el Orden Jurídico vigente, es decir, no sólo a la Ley, sino también a las normas de Derecho Internacional, la Constitución y otras de menor jerarquía.

Por lo que, todo acto que realice el Estado -a través de las personas que expresan su voluntad-, vulnerando esta categoría de normas jurídicas, deberá ser considerado antijurídico.

En segundo lugar, como se ha adelantado a lo largo de este estudio y se profundizará a continuación, la finalidad por la cual el Estado se somete a este régimen de Derecho es la de tutelar y proteger los derechos fundamentales de los individuos. Por tanto, la otra categoría de normas jurídica que el Estado debe respetar obligatoriamente en su actuación, es la que contiene al conjunto de reglas que reconocen o declaran derechos fundamentales al individuo, así como aquellas que los consagran.

Dentro de ellas quedan comprendidas tanto las que reconozcan, declaren o consagren derechos fundamentales civiles y políticos -primera generación-, como las que reconozcan, declaren o consagren los económicos y sociales -de segunda generación- y de tercera generación u otros que puedan concebirse, dependiendo de la realidad jurídico constitucional de cada Estado.

2°. *El elemento jurídico teleológico.* La referida subordinación del Estado al Orden Jurídico no es una mera exigencia legalista formal, sino que tiene una razón de ser esencial, una finalidad hacia la cual debe estar orientada: tutelar y proteger los derechos fundamentales de los seres humanos, cualquiera sea su naturaleza o contenido -civiles y políticos, económicos y sociales, de tercera generación u otros que puedan concebirse-.

Para el Estado, la protección del conjunto de derechos fundamentales no solamente implica el respeto, sino también la garantía de los mismos, así como brindar seguridad respecto a un armónico y razonable relacionamiento de éstos entre sí, para su efectivo goce por los individuos.

Esta finalidad estaba insita en la creación de la expresión “Estado de Derecho” y en la elaboración intencional de su concepto por los alemanes del siglo XIX, pues, como se ha analizado, el Estado de Derecho no fue concebido como un ente al servicio de sí mismo, sino de los ciudadanos, de los individuos, cuya misión era la de preservarlos y defenderlos contra las arbitrariedades de las autoridades de gobierno que ejercieran el poder del Estado.

75 En este sentido: SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, 8ª edición, Montevideo - año 2002, págs. 183 y siguientes; MÉNDEZ MANFREDINI, Aparicio; “Teoría del Órgano”, edición definitiva, Montevideo - año 1971, págs. 123 y 129. Respecto a los “poderes implícitos”: RISSO FERRAND, Martín, “Derecho Constitucional” Tomo III, Montevideo - 1998, pág. 72; KORZENIAK, José, “Derecho Constitucional 2º”, F.C.U., Montevideo - 1987, págs. 79 y 80.

76 En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” Tomo I, reimpresión de la 8ª edición, editorial Civitas, Madrid - 1998, págs. 413 y 414.

En síntesis, el Estado de Derecho es un Estado que existe al servicio de los individuos y de sus derechos fundamentales.

3°. *El elemento jurídico garantista o consecuencial*. Finalmente, para que un Estado de Derecho cuaje, se configure como tal, es necesario que dentro del Orden Jurídico hayan sido expresamente consagrados, medios jurídicos eficaces que aseguren con certeza y razonabilidad, que el Estado se someterá a las reglas de Derecho con la finalidad indicada y que en caso de no hacerlo, esta situación podrá ser corregida.

Es decir, que los actos realizados en ejercicio del poder estatal, no se excederán del cauce delimitado por los dos elementos anteriores: el jurídico nuclear y el jurídico teleológico y que en su caso, podrán ser reencauzados.

Este elemento es una consecuencia necesaria, para que los otros dos elementos tengan sentido, pues, sin esta garantía, el Estado de Derecho y todo lo que éste implica, se desvanece en el aire.

Estas garantías son las siguientes.

En primer lugar, la existencia de un sistema complejo de responsabilidad que comprenda la del Estado, los gobernantes y los funcionarios estatales, sea ésta de naturaleza civil, penal, administrativa y política, según el caso, ante la violación del Orden Jurídico en su actuación.

En segundo lugar, existencia de procedimientos jurídicos, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, a partir de los cuales se puedan corregir los actos dictados por el Estado en violación de las reglas de Derecho, a los cuales puedan acceder todos los sujetos de derecho, personas físicas o jurídicas.

En tercer lugar, la existencia de jueces independientes con jurisdicción o poder para juzgar aquellos casos planteados por cualquier sujeto de derecho que se sienta dañado por un acto, hecho u omisión del Estado, en donde esté en juego su responsabilidad, así como aquellos casos planteados por cualquier sujeto que entienda que ha sido lesionado por un acto dictado por el Estado, en contravención del Orden Jurídico a cuyo cumplimiento está obligado.

Esta garantía sólo estará debidamente asegurada, si la realidad jurídico constitucional del Estado cuenta con un adecuado régimen de separación de los poderes o las funciones de administrar y de juzgar, así como de legislar.

En cuarto y último lugar, la existencia de controles propios del Estado, que sean activados por él mismo, previstos para fiscalizar la juridicidad de los actos o actividades realizados por sus Órganos, sean controles internos o externos a dichos Órganos. Cabe indicar que el control de juridicidad incluye a la eficacia y eficiencia, como principios jurídicos para evaluar la gestión administrativa, dado que actualmente se los debe considerar inscriptos en los Ordenes Jurídicos.

Esta enumeración no excluye otras garantías que pudiesen idearse, en tanto estén alineadas con los conceptos vertidos.

3. Conclusión.

El análisis de cada Estado, a la luz de los tres elementos considerados de forma conjunta, permitirá calificarlo o no como un "Estado de Derecho".

Estos elementos jurídicos deben ser conceptualmente visualizados como tres círculos concéntricos: a) el primero y más pequeño determinado por el elemento nuclear; b) el segundo conteniendo al primero, por el teleológico; c) el tercero, asegurando todo el concepto, por el consecuencial o garantista.

Estos tres círculos concéntricos dan la medida del contorno jurídico que define a un Estado que es de Derecho, como barreras que el Derecho pone al poder estatal al perpetuo servicio de los individuos, para su defensa frente a abusos, arbitrariedades y comportamientos omisos del Estado.

Desde este punto de vista, el Estado de Derecho representa el continente de los factores políticos, sociales u otros de tipo meta jurídico, que nutren al complejo fenómeno "Estado" en la realidad y constituyen su contenido. Dicho continente es flexible, dado que puede ajustarse a las diversas formas que asuma ese contenido, siempre éste que no exceda los círculos de su contorno.